



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

GPA-Mitteilung 1/2017¹

Az. 045.011; 045.014

02.10.2017

Beschaffungs- und Vergabewesen hier: Pflicht zur Ausschreibung bei Verlängerung von Dienstleistungsverträgen

In vielen Bereichen (z.B. Gebäudereinigung, Kanalreinigung, Entsorgung) gibt es bei Kommunen Dienstleistungsverträge, die teilweise schon seit langer Zeit bestehen und deren Laufzeit sich durch Option oder Nichtkündigung verlängert. Die Fortsetzung solcher Vertragsverhältnisse, insbesondere wegen der Nichtausübung des Kündigungsrechts, nach Wahrnehmung einer Option oder im Wege einer von vornherein geplanten oder später verabredeten Vertragsverlängerung stellt häufig einen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang dar. Dabei sind vergaberechtliche und haushaltsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen:

Vergaberecht

Grundsätzlich müssen öffentliche Aufträge für Dienstleistungen ab den EU-Schwellenwerten im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben werden (§ 97 Abs. 1 GWB). Dabei sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet. Die Unternehmen haben zudem einen Rechtsanspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die Auftraggeber (§ 97 Abs. 2 und 6 GWB). Unterhalb der Schwellenwerte gilt derzeit landesrechtlich der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung nach § 31 GemHVO.

Die in der Praxis häufig schwierige Frage nach dem Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs, also ob eine Dienstleistung neu beschafft oder lediglich ein bestehendes Vertragsverhältnis fortgesetzt wurde, war in der Rechtsprechung lange nicht eindeutig geklärt. Die am 18.04.2016 in Kraft getretene Vergaberechtsreform hat nun auch die Beurteilung von Vertragslaufzeiten und deren Änderungen erstmals im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kodifiziert.

¹ Die GPA-Mitteilung 12/2001 wird durch diese GPA-Mitteilung ersetzt

Für die Bewertung bei Verlängerungen von Dienstleistungsaufträgen sind im Oberschwellenbereich nunmehr die gesetzlichen Vorgaben in § 132 GWB einschlägig. Ergänzend wird auf verweisende bzw. modifizierende Regelungen für soziale und andere Dienstleistungen (§ 130 Abs. 2 GWB), für den Sektorenbereich (§ 142 GWB) und bei Konzessionen (§ 154 Nr. 3 GWB) hingewiesen.

Die durch Rechtsprechung entwickelte Rechtsauslegung im Oberschwellenbereich wurde im Wesentlichen durch die nationalen Regelungen in § 132 GWB fortgeführt, teilweise aber auch fortentwickelt. Ziel ist weiterhin, eine Umgehung des Wettbewerbs zu verhindern. § 132 GWB enthält erstmals klare Vorgaben, wann Auftragsänderungen (auch Laufzeitverlängerungen) während der Vertragslaufzeit wesentlich sind und ein neues Vergabeverfahren erfordern und wann nicht. Dabei vom Gesetzgeber eingeräumte Auslegungsspielräume bleiben bei der Prüfung unangetastet, sofern eine nachvollziehbare Dokumentation erfolgt.

Bei der Prüfung, ob eine wesentliche Änderung ein neues Vergabeverfahren erfordert, gelten zwei Grundregeln:

- (1) Immer dann, wenn sich die Vertragsparteien eigens über die Verlängerung des laufenden Vertrags neu einigen müssen, kommt dies der Vergabe eines neuen Auftrags gleich und es entsteht prinzipiell die Ausschreibungspflicht.
- (2) Die Nichtausübung eines Kündigungsrechts stellt keinen vergaberechtlich relevanten Vorgang dar, wenn mit der Kündigung nur ein bestehendes Auftragsverhältnis verkürzt würde.

Zur Vermeidung unnötiger Prüfungsschritte kann im konkreten Anwendungsfall folgende Prüfungsreihenfolge gewählt werden:

- (1) Ist die **de-minimis-Grenze** nach § 132 Abs. 3 GWB überschritten?
Dies ist der Fall, wenn der Wert der Änderung (§ 3 VgV) den entsprechenden Schwellenwert nach § 106 GWB übersteigt oder mehr als 10 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich. Bei einer Indexierung gilt der höhere Preis als Referenzwert (§ 132 Abs. 4 GWB). Ist diese Grenze nicht überschritten, ist die Änderung ohne Neuausschreibung vergaberechtlich zulässig, sofern sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert. Sofern die de-minimis-Grenze überschritten wird, ist der zweite Prüfungsschritt vorzunehmen.
- (2) Liegt einer der **Rechtfertigungsgründe** des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 GWB vor?
Dann kann selbst eine wesentliche Änderung ohne Ausschreibung vorgenommen werden, sofern sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert. Bei der Verlängerung von Dienstleistungsaufträgen kommt hier insbesondere der Rechtfertigungsgrund nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Betracht, wonach eine Änderung dann zulässig ist, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, präzise formulierte Überprüfungs klauseln oder Optionen zur Laufzeit enthalten sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen für eine Änderung des Vertrags enthalten und beim Zuschlag verbindlich be-

rücksichtigt wurden. Die Wahrnehmung einer solchen Option, die beim Abschluss des ursprünglichen Vertrags vergaberechtlich berücksichtigt ist, muss nicht erneut dem Vergaberecht unterworfen werden. Eine später verabredete Vertragsverlängerung aber auch Verlängerungsoptionen, die dauerhaft genutzt werden und auf Dauer einen Wettbewerb verhindern, können nicht als Rechtfertigungsgrund gewertet werden und sind somit grundsätzlich dem Vergaberecht zu unterstellen und dem dritten Prüfungsschritt zu unterziehen.

- (3) Die **Wesentlichkeitsprüfung** nach § 132 Abs. 1 GWB kommt somit nur für Vertragsverlängerungen in Betracht, die weder unter § 132 Abs. 2 GWB (Rechtfertigungsgrund) noch unter § 132 Abs. 3 GWB (de-minimis-Grenze) fallen. Wesentliche Änderungen im Sinne dieser Vorschrift erfordern ein neues Vergabeverfahren. In § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1-4 GWB werden explizit Fallkonstellationen benannt, bei denen eine wesentliche Änderung vorliegt, ohne dass diese Fälle als abschließend zu verstehen sind. Dabei können für die Fallkonstellation der Vertragsverlängerung, insbesondere die Einführung von geänderten Bedingungen, die abweichende Verfahrensergebnisse ermöglichen, Änderungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers oder eine erhebliche Ausweitung des Umfangs einschlägig sein. In anderen Fallkonstellationen hat eine offene Wesentlichkeitsprüfung nach § 132 Abs. 1 S. 2 GWB im Einzelfall zu erfolgen.

Sofern nach den vorstehenden Prüfungsschritten eine wesentliche, unzulässige (vergaberechtlich fehlerhafte) Vertragsverlängerung vorliegt, so stellt dies eine rechtlich angreifbare de-facto-Vergabe dar. Mögliche Rechtsfolgen sind einmal die Kündigung (§ 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB) sowie die Unwirksamkeit des Folgevertrags (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

Haushaltsrecht

Neben den vergaberechtlichen Bestimmungen ist stets auch das Haushaltsrecht zu beachten. In den Fällen der Vertragsverlängerung stehen die Interessen öffentlicher Auftraggeber gegen die potenzieller Auftragnehmer. Einerseits kann es kaum sinnvoll sein, bei jeder Fortsetzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses ein erneutes Ausschreibungsverfahren durchzuführen, andererseits muss eine Zementierung bestehender Vertragsverhältnisse unter Ausschluss von Mitbietern unterbleiben. Durch länger andauernde Verträge darf jedenfalls der Wettbewerb nicht behindert oder gar ausgeschlossen werden. Hier kann sich ein Handlungsbedarf aus den haushaltsrechtlichen Vorschriften ergeben. Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 77 Abs. 2 GemO) verlangt nämlich, dass für Leistungen nur marktgerechte Preise gezahlt werden. Wenn diese über einen längeren Zeitraum nicht mehr dem Wettbewerb unterworfen wurden, muss der Nachweis der Wirtschaftlichkeit der Leistung als nicht (mehr) erbracht angesehen werden, mit der Folge, dass (erneut) ein Wettbewerb durchzuführen ist.

Die Befürchtungen, die mancherorts vorgetragen werden, dass bei einem erneuten Wettbewerb schlechtere Konditionen zu erwarten sind, erweisen sich regelmäßig als unzutreffend. Üblicherweise haben die Firmen einen sehr genauen Überblick über ihre Kosten und beenden bei (dro-

hender) Unrentierlichkeit schon von sich aus das Vertragsverhältnis oder es werden nicht alle vereinbarten Leistungen erbracht. Die Öffnung des Wettbewerbs birgt oftmals sogar die Chance einer Verbesserung.

Laufzeit von Verträgen

Eine allgemeingültige Empfehlung zur Laufzeit von Verträgen kann nicht gegeben werden. In jedem Einzelfall müssen die Vorteile gegen die Nachteile abgewogen werden. Für kurze Vertragslaufzeiten spricht insbesondere, dass die Verträge problemlos an veränderte Verhältnisse angepasst werden können und den Leistungen aufgrund der regelmäßigen Durchführung des Wettbewerbs gültige Marktpreise zugrunde liegen. Dagegen spricht der jeweils mit der Durchführung eines Wettbewerbs verbundene (personelle und finanzielle) Aufwand. Auch die Kosten eines Anbieterwechsels werden oft unterschätzt: Bei den „auslaufenden“ Leistungserbringern entstehen bisweilen Probleme und dem Nachfolger muss zunächst eine „Einarbeitungszeit“ zugestanden werden. Gegenüber einem befristeten Vertrag hat ein unbefristeter Vertrag mit Kündigungsmöglichkeit den Vorteil, dass er nicht zu einer vorbestimmten Zeit endet und deshalb insgesamt flexibler gehandhabt werden kann. Dies fordert allerdings auch Disziplin bei der (regelmäßigen) Überprüfung der Angemessenheit, um die vorgenannten Schwierigkeiten zu vermeiden. Bei der Gebäudereinigung geht man z.B. davon aus, dass der Nachweis der Wirtschaftlichkeit nach Ablauf von ca. 4 - 5 Jahren als nicht mehr erbracht angesehen werden muss.